RELEVANTE	
SALA DE CASACIÓN PENAL	
M. PONENTE	: PATRICIA SALAZAR CUELLAR
NÚMERO DE PROCESO	: 49819
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SP7322-2017
CLASE DE ACTUACIÓN	: CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 24/05/2017
DECISIÓN	: DECLARA PRESCRITA LA ACCIÓN PENAL / CASA
FUENTE FORMAL	: Constitución Política de Colombia de 1991 art. 28, 29 y 209 / Ley 80 de 1993 art. 24 / Ley 100 de 1993 art. 195 y 195-6 / Ley 599 de 2000 art. 29, 397 y 410 / Ley 600 de 2000 art. 180 / Ley 1438 de 2011 art. 76 / Ley 1150 de 2013 art. 13 / Decreto 100 de 1980 art. 146

TEMA: **DEMANDA DE CASACIÓN** - Principio de corrección material: obligación de que corresponda a la realidad procesal / **NOTIFICACIÓN** - Por edicto: supletoria de la notificación personal

«Tres de los impugnantes plantean que el Tribunal no era competente para proferir el fallo de segunda instancia, porque la Fiscalía sustentó el recurso de apelación extemporáneamente.

Para sustentar este aserto, los tres impugnantes asumen que todos los sujetos procesales se notificaron personalmente, por lo que el edicto, además de innecesario, no puede ser el instrumento para extender los términos de sustentación de la alzada más allá de lo establecido en la ley. Sobre la misma premisa se edifica la argumentación del Tribunal y la del delegado de la Procuraduría para el trámite de casación.

La Sala encuentra que las anteriores argumentaciones parten de un presupuesto equivocado, porque la sentencia proferida el seis de mayo de 2015 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla no le fue notificada personalmente a todos los sujetos procesales [...].

[…]

[…] es claro que el procesado GARH no fue notificado personalmente de la sentencia absolutoria emitida por el funcionario de primera instancia, lo que deja sin fundamento los argumentos de los impugnantes y del delegado del Ministerio Público, pues, se insiste, los mismos se edificaron sobre la idea que todos los sujetos procesales se notificaron personalmente del proveído en mención.

Lo anterior bajo el entendido de que a falta de notificación personal, procede la notificación por edicto, según lo ordena el artículo 180 de la Ley 600 de 2000.

Por lo expuesto, este cargo será desestimado».

DEMANDA DE CASACIÓN - Principio de corrección material: obligación de que corresponda a la realidad procesal / **NULIDAD** - No se configura

«[…] la trasgresión al principio de corrección material en la que incurre el impugnante es manifiesta.

Como bien lo anota el delegado del Ministerio Público, en el escrito de sustentación del recurso de apelación la Fiscalía destinó un acápite para expresar su inconformidad frente a la absolución por el delito de peculado […].

[…]

El hecho de que la Fiscalía no incluyera en su argumentación todos los elementos estructurales de la conducta punible no implica, como parece entenderlo el demandante, que haya expresado su conformidad frente a la absolución por este delito o incumplido la carga de sustentar el recurso.

En consecuencia, este cargo será desestimado».

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Parámetros a tener a cuenta

«La jurisprudencia ha establecido tres parámetros frente al delito consagrado en el artículo 410 del Código Penal, determinantes para resolver el asunto que ocupa la atención de la Sala: (i) el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales solo es predicable de las fases de trámite, celebración y liquidación; (ii) aunque los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y los que rigen la contratación administrativa en general son aplicables a todos los contratos celebrados por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, la alusión genérica a la trasgresión de dichos principios no puede aceptarse como referente suficiente para tener por estructurado el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; y (iii) para constatar si se ha configurado el delito en mención, debe considerarse el tipo de contratación y el régimen jurídico a que está sometido».

CELEBRACIÓN DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Se estructura: no se extiende a la ejecución del contrato / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Abarca las fases de tramitación, celebración y liquidación del contrato

«Recientemente (CSJ SP, 24 Nov. 2016, Rad. 46037), esta Corporación, basada en sus propios precedentes, reiteró que el delito consagrado en el artículo 410 del Código Penal solo es predicable de las fases de trámite, celebración y liquidación. Por tanto, las actuaciones realizadas durante la fase de ejecución no pueden subsumirse en este tipo penal […] ».

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Tipo penal en blanco / **TIPO PENAL EN BLANCO** - Relación con el principio de legalidad / **TIPO PENAL EN BLANCO** - Puede complementarse con una ley, decreto u otra norma administrativa

«[…] la Sala ha establecido parámetros para delimitar la normatividad que puede tenerse como referente para completar el contenido del artículo 410 en cada caso en particular, en orden a salvaguardar el principio de legalidad, habida cuenta de que se trata de un "tipo penal en blanco".

En tal sentido, en la decisión CSJ SP 3963, 22 mar. 2017, Rad. 40216, la Sala, basada en sus propios precedentes y en la jurisprudencia de la Corte

Constitucional, reiteró que aunque es cierto que los principios consagrados en el artículo 209 de la Carta Política y los que rigen la actividad contractual estatal en general son aplicables a cualquier tipo de contrato celebrado por los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, ello no implica que la alusión genérica a la trasgresión de dichos principios pueda aceptarse como referente suficiente para tener por estructurado el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Aclaró:

"En efecto, si bien es cierto, como atrás se precisó, que los principios de la contratación pública rigen para todo tipo de contratos independientemente de su naturaleza (licitación o contratación directa), ello no quiere decir que baste con predicar su desconocimiento para tener por estructurado el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Una hermenéutica adecuada y respetuosa de las garantías de los ciudadanos debe indicar que el servidor público, al contratar, ha de ceñirse a los requisitos legales vigentes y velar porque en la celebración, tramitación y liquidación del contrato se cumplan los principios que inspiran la contratación pública. Para la de tipo directa, en particular, conforme lo establecía el artículo 2° del Decreto 855 de 1994, en vigor para el momento de los hechos, los de transparencia, economía y selección objetiva. Lo inaceptable es que a través de una ponderación ex post y expansiva de tales principios se agreguen presupuestos no previstos claramente en las normas aplicables, pues ello, como ya se dijo, resulta violatorio de la legalidad, por indeterminación de los elementos del tipo penal.

En la sentencia CSJ. SP, may. 20 de 2009, rad. 31654, ante un asunto similar, la Corte razonó de igual manera al señalar:

'El incumplimiento de los principios que informan la función pública y, más específicamente, la contratación estatal puede, entonces, configurar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Esta afirmación, sin embargo, amerita una precisión. No basta afirmar el abstracto desacatamiento de uno de esos principios para predicar la existencia del delito, sino que es necesario que el axioma desconocido esté ligado a un requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador.

"Lo anterior porque si no fuera así el tipo penal previsto en el artículo 410 devendría inconstitucional ante la indeterminación de sus elementos

descriptivos, es decir, se apartaría del principio de tipicidad estricta que constituye componente del principio de legalidad, a su vez, integrante de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política…'.

La Sala arribó a esa conclusión de la mano con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-917 de 2001 cuando declaró exequible el artículo 410 del Código Penal, contentivo del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, frente al reparo de que se trataba de una norma penal en blanco cuyo reenvío no aparecía de forma clara e inequívoca. Sobre el particular, en esencia ese Tribunal adujo:

'El artículo 410 de la Ley 599 de 2000, al igual que el artículo 146 del Código Penal anteriormente vigente, describe como conducta delictual el tramitar contratos sin observación de los requisitos legales esenciales, o la celebración o liquidación sin verificar el cumplimiento de los mismos, razón ésta por la cual habrá de acudirse, en cada caso, a la norma legal vigente, en cuanto al establecimiento de tales requisitos en cada uno de los distintos tipos de contrato. De esta forma se integra la normatividad vigente para la aplicación de la conducta considerada por la ley como delito, con lo cual, el procesado tiene conocimiento de cuáles son los requisitos legales esenciales de tales contratos, sabe que su inobservancia constituye una conducta punible, ya sea al tramitarlos o en la celebración o al liquidarlos, y puede ejercer a plenitud su derecho de defensa, con lo que se da estricto cumplimiento a los artículos 28 y 29 de la Constitución'.

Esta posición reafirma la que ya había expuesto el mismo Tribunal en la sentencia C-739 de 2000, cuando refirió que la existencia de los tipos penales en blanco tiene validez constitucional "siempre y cuando sus contenidos se puedan complementar, de manera clara e inequívoca, con normas legales precedentes que permitan la correspondiente integración normativa…."

Cuando ese complemento está constituido por principios, debe tenerse en cuenta que estos se caracterizan por tener "textura abierta", lo que puede limitar su eficacia directa, o, visto de otro modo, es posible que requieran de un desarrollo normativo puntual en cada ámbito del tráfico jurídico, lo que adquiere mayor relevancia cuando se trata de establecer la ley penal aplicable a un determinado caso, que debe reunir los requisitos referidos en los precedentes jurisprudenciales atrás relacionados […]».

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Elementos: elemento normativo (requisitos legales esenciales), determinación de qué requisitos son esenciales según la naturaleza del contrato

«[…] esta Corporación ha hecho énfasis en la obligación de precisar la naturaleza del contrato cuestionado, como requisito elemental para establecer la reglamentación aplicable, lo que a su vez se erige en presupuesto ineludible para constatar la materialización del delito regulado en el artículo 410 del Código Penal (CSJ SP, 23 Nov. 2016, Rad. 46037). En la misma decisión se resaltó que

"[e]ntre menos discrecionalidad tenga el servidor público, mayores serán los mandatos formales establecidos por la ley y, entre otras consecuencias, más altas serán las exigencias regladas de previsión y planeación. Por el contrario, entre más amplio sea el margen de apreciación conferido a la administración, las previsiones normativas que determinan el curso del proceso contractual habrán de ser menos rígidas. Esta lógica subyace a la tipificación legal de las diversas modalidades de selección que, en desarrollo del principio de transparencia, hace el art. 24 de la Ley 80 de 1993"».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Contratos de las Empresas Sociales del Estado: se rigen por el derecho privado, pero a la vez le aplican los principios generales de la contratación estatal, siempre que se encuentren en los manuales de contratación correspondientes / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contratos de derecho privado de la administración son estatales / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Empresa Social del Estado: características / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - No se configura / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Elementos: elemento normativo (requisitos legales esenciales), determinación de qué requisitos son esenciales según la naturaleza del contrato

«[…] los contratos estatales están sometidos a regímenes reglados, lo que tiene correlación con el margen de discrecionalidad de los funcionarios competentes para celebrarlos.

En el caso de las Empresas Sociales del Estado, el legislador dispuso expresamente que "en materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en

el estatuto general de contratación de la administración pública" (Art. 195, numeral 6º, de la Ley 100 de 1993).

Las razones que ameritan un tratamiento normativo especial pueden ser de diverso orden, bien que se trate de poner a la respectiva entidad pública en un plano de igualdad frente al sector privado con el que debe competir, porque el objeto del contrato requiera de procesos céleres, etcétera.

No obstante, debe tenerse presente que todas las formas de contratación estatal, incluso las regidas por el derecho privado, están sometidas a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y a los que rigen la contratación administrativa, como lo ha señalado de tiempo atrás esta Corporación […].

[…]

[…] debe tenerse en cuenta que los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, y los atinentes a la contratación pública en particular, son desarrollados de diferente forma en los respectivos regímenes contractuales. Incluso en el marco de la Ley 80 de 1993, dicho desarrollo varía dependiendo de si debe realizarse licitación pública o si es posible optar por la contratación directa (CSJ SP, 23 Nov. 2016, Rad. 46037).

Cuando los contratos estatales están regidos por el derecho privado, lo que no implica que estén al margen de los principios constitucionales y legales atrás referidos, el desarrollo de estos -los principios- debe hacerse en los respectivos manuales de contratación. No en vano el legislador, en el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011, bajo el título de "eficiencia y transparencia en contratación, adquisiciones y compras de las Empresas Sociales del Estado", dispuso que estás deberán, entre otras cosas, "adoptar un estatuto de contratación de acuerdo a los lineamientos que defina el Ministerio de Protección Social".

La preocupación del legislador por establecer límites a un régimen de contratación que supone mayor discrecionalidad, como es el caso de las Empresas Sociales del Estado, se vio reflejada en la expedición de la Ley 1150 de 2013 […].

[…]

Para el año 2007, la empresa social del Estado [...] no contaba con un manual de contratación en el que, entre otras cosas, se estableciera la forma como serían desarrollados los ya referidos principios. Este aspecto tenía una incipiente regulación en los estatutos de dicha entidad, instaurados a través del Acuerdo 01 del primero de marzo de 2005, que en sus artículos 73 y 78 establece que "los contratos que celebre la E.S.E. se regirán por el derecho privado".

Esa ausencia de reglamentación no puede suplirse aplicando el estatuto general de contratación, pues ello iría en contravía de la decisión legislativa de someter algunos contratos estatales a un régimen especial.

En el mismo sentido, tampoco es posible aplicar a este especial régimen de contratación las reglamentaciones dirigidas a otras entidades, como erradamente lo entendió la Fiscalía en la resolución de acusación, donde planteó que los procesados incumplieron "la Directiva Presidencial No. 12 del 1° de octubre de 2012, por medio de la cual se crea y estable una lucha contra la corrupción estatal".

De la simple lectura de esta Directa se extrae que está dirigida y "es de obligatorio cumplimiento para las entidades estatales del orden nacional así como para las empresas oficiales de servicios públicos del mismo orden".

Si se tiene en cuenta que la ESE [...] "es una entidad pública de categoría especial descentralizada, del orden Distrital", como consta en el artículo 2° del Acuerdo 001 del primero de marzo de 2005, a través del cual se adoptaron sus estatutos, no se entiende por qué la Fiscalía pretende tener la Directiva Presidencial número 12 como parte del régimen contractual de la referida empresa social del Estado, y, en consecuencia, proponerla como complemento del artículo 410 del Código Penal.

Finalmente, cabe reiterar que si bien es cierto el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales puede configurarse por la trasgresión de los principios que rigen la contratación pública (CSJ SP, 5 Nov. 2008, Rad. 25104), también lo es que la alusión genérica a los mismos no es suficiente, pues por esa vía podría transgredirse uno de los pilares fundamentales del sistema penal en un estado social y constitucional de derecho: el principio de legalidad (CSJ SP 3963, 22 Mar. 2017, Rad. 40216)».

RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN - Requisitos: relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, determinan el tema de prueba / **RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN** - Requisitos: relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, diferentes a los hechos indicadores y medios de prueba

«En diversas oportunidades la Sala ha hecho hincapié en la necesidad de que la Fiscalía estructure con cuidado la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que pretende incluir en la acusación, entre otras cosas porque la misma determina el tema de prueba.

Aunque buena parte de esos pronunciamientos se han hecho en el ámbito de la Ley 906 de 2004, los mismos tienen plena aplicación en la Ley 600 de 2000, pues la única diferencia relevante de las acusaciones en estos sistemas procesales es que en el primero la Fiscalía debe indicar los hechos jurídicamente relevantes y debe descubrir las pruebas que pretende hacer valer en el juicio, así como las que resulten favorables al procesado, mientras que en el segundo debe fijar la premisa fáctica y explicar las pruebas que la sustentan.

[…]

En esa oportunidad, la Sala hizo hincapié en la necesidad de que la Fiscalía, en la acusación, y los jueces, en la sentencia, indiquen con precisión los hechos que justifican el llamamiento a juicio y la condena (cuando hay lugar a ella).

Para tales efectos, resaltó las diferencias entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba […].

[…]

En esta misma línea argumentativa, en la aludida sentencia la Sala resaltó la importancia de delimitar correctamente el tema de prueba, lo que implica diferenciar los tres conceptos atrás enunciados: hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba.

[…]

[…] en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes planteada por la Fiscalía en la acusación no se incluyó la atinente a la coautoría, en los términos del artículo 29, inciso segundo, del Código Penal, esto es, no se planteó que los procesados hayan celebrado un acuerdo común, dividido el trabajo, realizado aportes trascendentes, entre los demás aspectos desarrollados por la ley, la doctrina y la jurisprudencia frente a esta clase de participación.

Solo al sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, y al referirse a lo planteado por el Juzgado en el sentido de que no se precisó el "grado de participación" de los procesados, la Fiscalía fija su posición frente a este aspecto.

[…]

Bajo el entendido de que la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia no es el escenario para ajustar o precisar la acusación, valga anotar, de paso, que el artículo 29 del Código Penal, en sus incisos primero y segundo, consagra dos formas disímiles de participación en la conducta punible, que necesariamente deben incidir la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y, por tanto, la determinación del tema de prueba, tal y como se indicó en la primera parte de este proveído.

En estricto sentido, la Fiscalía tampoco precisó si la responsabilidad penal que le atribuye a los procesados se deriva de sus acciones u omisiones como gerente e interventores, según se resaltó en precedencia.

[…]

Aunque estas inconsistencias son trascendentes de cara a la correcta estructuración de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación y la premisa fáctica del fallo, no lo son para la solución del asunto sometido a conocimiento de la Sala, simple y llanamente porque no se aportaron pruebas que demuestren que los procesados, de una u otra manera, se apoderaron del dinero que le fue entregado a CC a título de anticipo […]».

PRUEBA - Apreciación probatoria / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Por omisión: se configura

«La necesidad de suscribir un contrato para la sistematización y modernización de la infraestructura informática con la que contaba la ESE […] en el mes de febrero del año 2007, cuando fue encargado como gerente el médico GARH, surgió de la visita practicada por la Superintendencia Nacional de Salud, durante la cual se detectaron inconformidades de carácter administrativo, dando lugar a la realización de una audiencia pública (16 de marzo de 2007), en la que participaron el alcalde distrital de Barranquilla, el gerente general de la ESE […], el superintendente nacional de salud, y en la que se acordó la suscripción del "plan de mejoramiento de la calidad del desempeño y el cumplimiento de metas", con miras a satisfacer las necesidades en temas de salud de la población del distrito de Barranquilla.

[…]

Contrario a lo que concluye el Tribunal, la Sala encuentra que: (i) la documentación de las visitas de la Superintendencia Nacional de Salud no dan cuenta de que el software […] fuera "inoperante", "inútil" o "nefasto"; (ii) la prueba testimonial tampoco demuestra ese supuesto déficit; (iii) los testigos MFPM, IBV y CRH no declararon que el contrato 018 de 2007 no se ejecutó, y (iv) existen pruebas en el proceso que indican que el objeto del referido contrato fue desarrollado.

En el referido plan de mejoramiento se recogen los 19 hallazgos negativos que hizo la Superintendencia Nacional de Salud durante su visita en el año 2006. Allí no se mencionan las supuestas falencias del software […], en los términos que utiliza el Tribunal. Solo se dijo que "el proceso contable de la entidad se ve seriamente afectado por la falta de sistematización en línea de las áreas de Contabilidad, Cartera, Facturación, Tesorería, Presupuesto y Almacén, así como todas las áreas funcionales (4 hospitales y 40 puestos de salud)".

[…]

Encuentra la Sala que el Tribunal, o no valoró ese documento, o lo tergiversó, porque allí no se concluye que el referido software tuviera las características que menciona el fallador de segundo grado.

En el mismo sentido, la declaración de JCSH, que tampoco fue valorada por el fallador de segundo grado, da cuenta de lo siguiente:

[…]

La falta de confiabilidad no estaba dada por la calidad del contratista o por la eficiencia operativa del software utilizado, sino porque la ESE no contaba con el licenciamiento del sistema, lo que generaba altos riesgos representados en que a la terminación del contrato el "operador" podría desmontar el sistema y llevarse la información, además que la forma de contratación (arrendamiento) impedía realizar los ajustes que se requerían.

El Tribunal tampoco tuvo en cuenta los siguientes informes que dan cuenta de la forma como estaba sistematizada la información al interior de la ESE […] antes del contrato 018 de 2007.

[…]

La anterior información, estima la Sala, da cuenta de que los problemas informáticos detectados al interior de la ESE […] no obedecían a lo "inservible" del software […], sino a la concurrencia de múltiples fenómenos que obligaban a realizar un plan de mejoramiento como el propuesto por la Superintendencia Nacional de Salud.

La Sala advierte que la Fiscalía en ningún momento contó de un dictamen pericial u otra prueba idónea para establecer a ciencia cierta cómo era el funcionamiento del software […] antes, durante y después del contrato 018 de 2007, lo que impide dilucidar completamente este aspecto».

PRUEBA - Apreciación probatoria / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por tergiversación: configuración

«[…] también es equivocado lo que plantea el Tribunal en el sentido de que los testigos IBV, MFPM y CERH dan cuenta de la "incapacidad operativa" del software […].

[…]

La claridad de lo declarado por IB no admite interpretación diversa a la de su exacto tenor literal: (i) ella solo puede dar cuenta de lo que pasaba en el área

de nómina; (ii) en ese departamento siempre funcionó […]; (iii) con el paso del tiempo este software fue modificado para permitir mayores opciones, y (iv) en él se liquidaron las nóminas hasta que se terminó la empresa en el año 2010.

Esta declaración confirma que el módulo de nómina era uno de los seis implantados por […], desde el año 2004.

Por su parte, el ingeniero de sistemas CERH […].

[…]

[…] nada informa sobre el buen o mal funcionamiento de los cuatro módulos que venían funcionando antes del contrato 018 de 2007. Tampoco, que ese software fuera el mismo sistema que se implementó a partir del contrato, tema sobre el cual ningún conocimiento podía tener, ya que adujo haberse enterado de ese negocio contractual a través de los medios de comunicación, en el año 2010.

Sobre el mismo tema, la contadora MFPM aclara que no laboró con la […], pues comenzó sus labores desde el 14 de enero de 2009. Desarrolló actividades financieras en el proceso de liquidación de la entidad. Indicó, además, que desconoce desde qué fecha opera el software […], pero aclara que era el utilizado en ese momento por el "mandato con representación.".

Esta declarante no dio cuenta de la "incapacidad operativa" del sistema ni del estado del software que manejaba la entidad antes y después del contrato número 018, por cuanto ella abordó su labor como contratista de la liquidación en el año 2009 y solo en lo relacionado con los temas contables. Lo que sí tiene claro es que el software […] era el utilizado para consultar información de la ESE.

Valga resaltar que el Tribunal se limitó a decir que los ciudadanos atrás referidos dieron cuenta de "tal incapacidad operativa", pero no indicó en qué parte de los testimonios se hace alusión a ese tópico […].

[…]

Es claro que los declarantes no se refirieron expresamente a las fallas técnicas del software […]. Afirmar lo contrario implica, sin duda, adicionar o tergiversar los testimonios. Si lo que pretendía el Tribunal era tomar esta

información como datos o "hechos indicadores" útiles para inferir que el sistema era inoperante, debió explicar el paso lógico de los datos a la conclusión.

En síntesis, sobre la situación operacional y funcional del sistema de información de la […] antes de la suscripción del contrato 018, las pruebas omitidas por el Tribunal dan cuenta de lo siguiente: (i) se habían instalado seis módulos del software […]; (ii) los mismos correspondían al área administrativa; (iii) ninguno de ellos funcionaba legalmente porque la licencia le pertenecía a la empresa Gestión y Tecnología Ltda.; (iv) no existía software para el área hospitalaria; (v) la interconexión local en cada una de las unidades y en la oficina central era buena; sin embargo, (vi) había "gran debilidad en la intercomunicación entre las unidades y la oficina central, ya que no se cuenta con red de banda ancha ni con mecanismos de comunicación de datos entre cada uno de estos puntos".

Sobre el funcionamiento de […] durante la ejecución del contrato, se allegaron múltiples pruebas que tampoco fueron valoradas por el Tribunal.

[…]

Conforme con lo anterior, existen múltiples pruebas que dan cuenta de la implementación y funcionamiento de la totalidad de los módulos del software […], así como de la capacitación brindada al personal encargado de operarlos y de la entrega de los manuales técnico y operativo. Esos medios de conocimiento también indican que el contratista atendió las observaciones realizadas. Estas pruebas no fueron valoradas por el Tribunal.

[…]

Las pruebas documentales que respaldan la continuidad en la ejecución del contrato muestran que ODM no sólo continuó avanzando en la consecución del suministro de interconexión entre la unidad central y las demás unidades administrativas hospitalarias, a pesar de que se había suscrito un acta de suspensión temporal de ejecución. Indican, además, que, en asocio con AH y la empresa contratista diseñaron unos formularios de encuesta que debían responder los responsables de los procesos en cada oficina, adelantaron capacitaciones y sostuvieron reuniones con los contadores de las unidades administrativas para evaluar la aplicación de facturación.

A la par, DM informaba al gerente y al subgerente de […] sobre los avances en la ejecución del contrato, mientras que el contratista RCC hacía lo mismo y continuaba con la instalación de los módulos y la asesoría y soporte técnicos.

[…]

Para concluir, durante la ejecución del contrato 018 de 2007 se implantaron cinco módulos del software […] relacionados con el área de gestión hospitalaria; once módulos de gestión administrativa financiera, y los resultados operativos permitieron que se superaran, en este punto concreto, las inconsistencias administrativas encontradas por la Superintendencia Nacional de Salud.

En síntesis, el Tribunal omitió valorar un número significativo de pruebas que dan cuenta de la ejecución material del contrato durante el tiempo que estuvo suspendido, tal y como lo aseguraron los procesados DEDE y AARON. También omitió considerar las que dan cuenta de que el contrato sí se ejecutó.

A ello se aúna el que la Fiscalía no obtuvo un dictamen pericial, o practicó otras pruebas idóneas para establecer, en grado de "certeza", cómo funcionaba el software […] antes de la celebración del contrato 018 de 2007, cuáles fueron los avances que se lograron a raíz de este convenio, en qué fechas fueron realizados los cambios, cuál era el funcionamiento del software después de terminado el referido contrato, entre otros».

PRUEBA - Apreciación probatoria / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Demostración / **IN DUBIO PRO REO** - Cuando no se logra la certeza racional

«La […] información confirma que […] no contaba con cobertura total, permanente y autosuficiente en el tema de sistemas de información, lo cual generaba irregularidades y demoras en la parte administrativa y en el nivel asistencial.

Antes de la suscripción del contrato 018 de 2007 […] operaba con: (i) seis módulos administrativos instalados a través del software […] en la oficina central, (ii) un módulo de facturación instalado en los puestos y centros de salud, y (ii) un módulo de facturación en las Unidades de Manga, Nazareth y Barranquilla.

Como el objeto del contrato 018 de 2007 era implantar un modelo de tecnología de información que permitiera integrar y centralizar la información de la red pública hospitalaria del distrito de Barranquilla, propendiendo por la atención integral en los servicios de salud, se acordó la implantación de módulos para las áreas administrativa y asistencial […].

[…]

[…] el objeto contractual incluía el valor del licenciamiento de uso del software, la implementación, el soporte técnico, la capacitación, la puesta en marcha y la garantía por el término de un año, particularidades con las que no se contaba antes del 1 de agosto del año 2007.

Es claro entonces que en el proceso existen pruebas que indican que el objeto del contrato 018 de 2007 es diferente al de los celebrados en fechas anteriores por la ESE y la empresa […].

Aunque la Fiscalía incluyó entre sus hipótesis que el peculado se configuró porque el anticipo supuestamente se destinó a bienes y servicios que habían sido pagados en los contratos anteriores, no dirigió la investigación a esclarecer este aspecto en particular, lo que, como mínimo, genera una duda razonable sobre la forma como se desarrollaron los diversos contratos celebrados entre la entidad pública y la empresa de CC».

RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN - Requisitos: relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, determinan el tema de prueba / **PRUEBA** - Libertad probatoria / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Por omisión: se configura / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por tergiversación: configuración / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - No se configura

«[…] es evidente que cualquier hipótesis de hechos jurídicamente relevantes atinente a este delito debe incluir, entre otras cosas, el acto de apoderamiento, la identidad de quien lo realiza, la forma como se ejecuta y los bienes sobre los que recae.

Según se indicó en el anterior apartado, la Fiscalía no incluyó en la acusación una hipótesis clara y definida, pues en unos apartes dio a entender que el delito se materializó porque los servidores públicos no controlaron la ejecución del anticipo (lo que no equivale necesariamente a que alguien se haya apoderado del mismo), en otros apartes dijo que el pago se hizo por obra

y bienes que ya habían sido cancelados, entre las otras versiones atrás relacionadas.

Además, le restó importancia al valor del software y demás derechos que el contratista se comprometió a cederle a la empresa, a pesar de que el mismo, según los términos del contrato, es superior al valor entregado a título de anticipo. Producto de ese descuido, no pudo establecerse a ciencia cierta si esos derechos fueron cedidos o no (aunque hay pruebas que indican que ello sí ocurrió), ni tuvo la precaución de realizar los actos de investigación necesarios para establecer su valor real, porque de ser cierto que el mismo es superior a los ochocientos millones de pesos, tendría que haber explicado por qué se considera que los procesados se apoderaron de los seiscientos cincuenta millones de pesos entregados a la firma del contrato.

Ante un tema eminentemente técnico, brillan por su ausencia los conceptos de expertos en la materia, que permitieran establecer, en el nivel de "certeza racional", el estado de funcionamiento del software antes, durante y después de la celebración del contrato 018 de 2007. Bajo el entendido de que el sistema procesal penal está regido por el principio de libertad probatoria, valga aclarar que no se acopiaron dictámenes u otros medios de prueba útiles para dilucidar este aspecto.

Fue tan precaria la actividad investigativa de la Fiscalía, y tan evidente la falta de estructuración de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que sirviera de norte a la misma, que en la resolución de acusación, cuando intentó demostrar que el contrato 018 de 2007 no se ejecutó, se refirió a unas encuestas realizadas por los interventores para cuando el contrato se encontraba suspendido, en las que se mencionan algunas falencias del software […].

La Fiscalía no explicó por qué esas encuestas, realizadas durante la ejecución del contrato, demuestran que CC no cumplió las obligaciones contraídas con la E.S.E. Además, omitió explicar la naturaleza probatoria de las mismas, esto es, si se trata de conceptos técnicos, de prueba testimonial o de cualquier otro orden. Por tanto, hizo caso omiso de la reglamentación de la práctica probatoria en la Ley 600 de 2000, pues, a manera de ejemplo, si consideró que se trata de prueba testimonial debió escuchar en declaración jurada a los respectivos testigos, y si consideró que se trata de conceptos técnicos debió atender la reglamentación de la prueba pericial.

Ante este panorama, y a pesar de que muchas de estas falencias habían sido detectadas por el Juzgado que absolvió a los procesados, el Tribunal, previa advertencia de la importancia de «hacer justicia en los casos de corrupción administrativa», profirió una condena sustentada de forma insuficiente, en la que omitió valorar muchas de las pruebas practicadas a lo largo del proceso, además que tergiversó aquellas que incluyó en su disertación, según se indicó en el anterior apartado.

De esta forma, para concluir que el software [...] era una herramienta inservible, que la Superintendencia de Salud le había advertido a los procesados de esa situación y que, no obstante, estos se pusieron de acuerdo para celebrar un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el propósito de apoderarse de los bienes públicos, el Tribunal incurrió en errores de hecho, en las modalidades de falso juicio de existencia e identidad, que dieron lugar a la violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal, que regula el delito de peculado por apropiación.

La trascendencia de los referidos errores es evidente, porque no existen otras pruebas que respalden dicha conclusión. En el mismo sentido, las otras hipótesis que propuso la Fiscalía General de la Nación no fueron suficientemente demostradas».

INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA LEY - Configuración / **APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY** - Configuración / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Por omisión: se configura / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por tergiversación: configuración

«Si el Tribunal asumió, como puede deducirse de su escueta argumentación, que el "tipo penal en blanco" consagrado en el artículo 410 del Código Penal puede complementarse con una "alusión genérica" a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y los que atañen puntualmente a la contratación administrativa, es claro que violó directamente la ley sustancial, por la equivocada interpretación de las normas aplicables al caso, que se tradujo en la indebida aplicación de las mismas.

En el mismo sentido, el fallador de segundo grado se refirió ampliamente a las supuestas irregularidades durante la fase de ejecución del contrato, entre las que cabe destacar: (i) el contrato se suspendió solo cinco días después de haber sido suscrito, (ii) el acta de suspensión fue firmada por los interventores

y no por el gerente de la entidad, (iii) los interventores suscribieron el acta de finalización del contrato, cuando ello debió haberlo hecho el representante legal de la E.S.E. luego de constatar que el objeto del mismo se cumplió a entera satisfacción, y (iv) no se realizó la fase de liquidación del contrato.

Si se asume que el Tribunal consideró que los anteriores hechos configuran el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, es claro que incurrió en la violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 410 del Código Penal, pues en la primera parte de este proveído se explicó por qué este punible solo puede materializarse en las fases de trámite, celebración o liquidación.

Ahora bien, si a esas supuestas irregularidades les dio el carácter de "hecho indicador", esto es, de datos a partir de los cuales puede inferirse que los procesados realizaron un "contubernio" para apoderarse de los dineros públicos, debió haberlo expresado y, además, tenía la carga de explicar por qué de esa información puede inferirse que R, D, A y C actuaron con esa finalidad. Además, tenía la carga de cotejar esta información con las pruebas relacionadas en el apartado destinado al estudio del delito de peculado.

En el anterior apartado se explicó por qué no existe prueba suficiente para concluir que los procesados se apoderaron del dinero entregado a título de anticipo.

En consecuencia, si el Tribunal asumió que se está ante una violación evidente de los ya referidos principios, porque el contrato se utilizó como un instrumento para materializar el propósito concertado de apoderarse de los dineros públicos, incurrió en los errores de hecho por falso juicio de existencia y falso juicio de identidad analizados en el numeral 2.3.1».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Estudios previos al proceso de selección / **INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA LEY** - Configuración / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Por omisión: se configura / **SENTENCIA** - Defectos de la motivación: motivación incompleta, configuración

«[…] encuentra la Sala que el Tribunal no consideró buena parte de las pruebas atinentes al trámite previo a la celebración del contrato 018 de 2007, que abarcan los estudios de factibilidad y la selección del contratista, tal y como se explica a continuación.

[…]

[…] el trámite previo a la suscripción del contrato número 018 de 2007: (i) estuvo enmarcado por estudios a partir de los cuales se conoció la exacta situación tecnológica de la empresa E.S.E., […], así como las acciones necesarias para superar los hallazgos negativos registrados por la Superintendencia Nacional de Salud; (ii) se invitó a 14 empresas proveedoras de software, de las cuales siete presentaron sus propuestas; y (iii) la determinación de la mejor propuesta no estuvo a cargo de algún funcionario de […] E.S.E., sino de una servidora pública adscrita a la Alcaldía.

Si el Tribunal asumió que los anteriores trámites no son suficientes para desarrollar los principios que considera trasgredidos (planeación, transparencia, etcétera), porque no se ajustan a la reglamentación consagrada en la Ley 80 de 1993, como lo deja entrever en algunos apartes de su disertación, está incurso en la violación directa de la ley sustancial, porque, según se indicó en la primera parte de este fallo, las Empresas Sociales del Estado están sometidas a un régimen contractual especial, y para el año 2007 la […] no había expedido su manual interno de contratación.

Si, por el contrario, era consciente de este marco jurídico, pero omitió valorar las pruebas que dan cuenta de los trámites previos referidos en párrafos anteriores, incurrió en la violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho en la modalidad de falso juicio de existencia.

La Sala se ve obligada a realizar los anteriores juicios hipotéticos porque el Tribunal no sustentó suficientemente su decisión y, por tanto, se hace necesario precisar que ante cualquiera de las posibles líneas argumentativas que insinuó en la sentencia, es evidente que incurrió en errores susceptibles de ser corregidos en el ámbito del recurso extraordinario de casación».

IN DUBIO PRO REO - Cuando no se logra la certeza racional / **IN DUBIO PRO REO** - No se equipara con la inocencia del procesado / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Principios generales: aplicación para todos los contratos / **CASACIÓN** - Absolución: prevalece sobre declaratoria de nulidad

«[…] la Corte concluye que existen dudas razonables sobre la ocurrencia de irregularidades durante el proceso de contratación realizado por la ESE […] con la empresa dirigida por CC, lo que es suficiente para que el fallo deba ser

absolutorio. Ello es diferente a lo que plantean los recurrentes en el sentido de que está probado que no ocurrió ninguna irregularidad.

En cuanto al cargo por violación directa de la ley sustancial, propuesto por el defensor de OEDM, la Corte debe reiterar que los contratos estatales, cualquiera sea su modalidad, están regidos por los principios constitucionales y los atinentes a la contratación pública, según se indicó en la primera parte de este proveído. Cosa distinta es que para complementar el "tipo penal en blanco" consagrado en el artículo 410 del Código Penal no es suficiente con referirse de forma genérica a la trasgresión de dichos principios, como ampliamente se explicó en ese apartado.

Por tanto, se casará el fallo impugnado y, en consecuencia, se absolverá a los procesados frente a los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, con la salvedad de la prescripción de la acción penal que se estudiará más adelante.

Esta decisión hace innecesario el análisis de los otros cargos orientados a lograr la anulación del trámite, en virtud del principio de prioridad, según el cual la absolución, cuando es procedente, prima sobre la nulidad».

PRESCRIPCIÓN - Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

«[…] la acusación quedó ejecutoriada el 19 de octubre de 2011, cuando la Fiscalía Cuarenta Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá resolvió el recurso de apelación interpuesto por los defensores en contra de la resolución de acusación proferida por el fiscal de primera instancia.

Para cuando ocurrieron los hechos el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales tenía asignada la pena de prisión de 4 a 12 años. Como el procesado fue acusado y condenado a título de interviniente, la pena en mención debe rebajarse en una cuarta parte, tal como lo dispone el artículo 30 del Código Penal. Así, el extremo máximo de la sanción es de 9 años.

Luego de la acusación, el término de prescripción se reduce a la mitad, sin que pueda ser inferior a cinco años.

Por tanto, es evidente que la acción penal frente al delito consagrado en el referido artículo 410, en lo que respecta al interviniente CC, prescribió el 20

de octubre de 2016, cuando el Tribunal estaba tramitando el recurso de casación que ahora ocupa la atención de la Sala.

Por lo anterior, y en atención a que este procesado había sido condenado por el delito en mención, la Sala declarará la extinción de la acción penal exclusivamente frente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y solo a favor de ECC».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:
Rad: 14669 | Fecha: 20/05/2003 | Tema: CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Se estructura: no se extiende a la ejecución del contrato
Rad: 15212 | Fecha: 16/02/2005 | Tema: CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Se estructura: no se extiende a la ejecución del contrato
Rad: 21547 | Fecha: 09/02/2005 | Tema: CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Se estructura: no se extiende a la ejecución del contrato
Rad: 21780 | Fecha: 23/03/2006 | Tema: CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Se estructura: no se extiende a la ejecución del contrato
Rad: 26450 | Fecha: 08/11/2007 | Tema: CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Se estructura: no se extiende a la ejecución del contrato
Rad: 30512 | Fecha: 13/05/2009 | Tema: CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Se estructura: no se extiende a la ejecución del contrato
Rad: 25650 | Fecha: 16/11/2009 | Tema: CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Se estructura: no se extiende a la ejecución del contrato
Rad: 34282 | Fecha: 10/05/2011 | Tema: CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Se estructura: no se extiende a la ejecución del contrato
Rad: 37691 | Fecha: 11/07/2012 | Tema: CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Se estructura: no se extiende a la ejecución del contrato
Rad: 46037 | Fecha: 24/11/2016 | Tema: CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Se estructura: no se extiende a la ejecución del

Rad: 31654 | Fecha: 20/05/2009 | Tema: TIPO PENAL EN BLANCO - Puede complementarse con una ley, decreto u otra norma administrativa
Rad: 25104 | Fecha: 05/11/2008 | Tema: CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Principios generales: aplicación para todos los contratos
Rad: 40216 | Fecha: 22/03/2017 | Tema: CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Principios generales: aplicación para todos los contratos
Rad: 44599 | Fecha: 08/03/2017 | Tema: RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN - Requisitos: relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, determinan el tema de prueba
Rad: 46037 | Fecha: 23/11/2016 | Tema: CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Elementos: elemento normativo (requisitos legales esenciales), determinación de qué requisitos son esenciales según la naturaleza del contrato